Über die
Bestrafung der Versuchshandlung
im Falle des § 216 StGB.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Wilhelm Hauptmann
Referendar am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Gretener.**

Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Brie, Dekan.

Dem Andenken meines Freundes

Dr. phil. W. Gößgen.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 2, 3, 20, 24, 26, 28.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Jahrg. 1884. Bd. 6.

Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Königl. Ober-Tribunals in Strafsachen. Bd. 17, 18, 19.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 18.

Goltdammer, Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht. Bd. 25, 29.

Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß usw. Bd. 34.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 8. Jahrg. 1904.

II. Hand- und Lehrbücher, Grundrisse.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. Jena 1899.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 17. Aufl. 1895.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Binding, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. 2. Leipzig 1896.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Bd. 2. München 1885.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Abt. 1. Bonn 1884.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 3. Berlin 1872.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Aufl. Berlin 1900.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. Erlangen 1882.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881.

III. Kommentare.

Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Leipzig 1851.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1897.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10. Aufl. Berlin 1900.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1905.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 13. Aufl. Berlin 1896.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1892.
Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Leipzig 1873.
Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts. Bd. 2. Berlin 1900.

IV. Anderweitige Literatur, insbesondere strafrechtliche Monographieen.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 2. Leipzig 1877.
Garrelts, Über die Tötung auf Verlangen als Verbrechen im Sinne des § 1 RStGB. und über die Bestrafung des Versuchs dieses Delikts. Doktor-Diss. Tübingen 1896.
Guderian, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. Heft 2 der „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien". Berlin 1899.
Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 RStGB. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1894.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Teil 1. Mannheim 1890.

Pollack, Die Tötung auf Verlangen. Inaug.-Diss. Greifswald 1903.

v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen. 2. Aufl. Berlin 1902.

Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuches begangene Körperverletzung. Inaug.-Diss. Rostock 1900.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen. Berlin 1870.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. Session 1870. Bd. 2, 3, 4.

§ 1.

Einleitung.

Übersicht über die geschichtliche Entwicklung der Tötung auf Verlangen.

Gegenüber dem römischrechtlichen Grundsatz „volenti non fit injuria“ (nach l. 1 § 5 D. de inj. 47, 10) ist in der Carolina offenbar im Anschluß an das kanonische Recht, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend anerkannt, daß die Einwilligung eines Menschen in seine Tötung deren Rechtswidrigkeit und damit Strafbarkeit nicht aufhebt. Es findet sich nämlich in der Halsgerichtsordnung Karls V. unter den erschöpfend aufgeführten „entschuldigten Entleibungen“, d. h. straflosen Tötungen der Fall der Tötung eines Einwilligenden oder eines die Tötung Verlangenden nicht, so daß auf diesen Fall die allgemeine Bestimmung des Art. 137: „Item eyn jeder mörder oder todtschläger wo er deßhalb nit rechtmessig entschuldigung außfüren kan, hat das leben verwürckt“ Anwendung erlangte. Die gemeinrechtliche Wissenschaft des 18. Jahrhunderts, in der die Tötung eines Einwilligenden lebhaft besprochen und umstritten wurde, neigte dazu, sie als

einen milder zu bestrafenden Fall der gewöhnlichen Tötung anzusehen.[1]) Das allgemeine Landrecht faßte die Tötung eines Einwilligenden ebenfalls milder als die vorsätzliche Tötung auf, indem es sie wie Beihülfe zum Selbstmorde — die es mit Zuchthausstrafe bedrohte, während es den Selbstmord straflos ließ — bestrafte (II, 20 ALR. 834). Dem Beispiele des allgemeinen Landrechts, die Tötung eines Einwilligenden unter eine besondere Strafbestimmung zu stellen, folgten die meisten Landesstrafgesetzbücher.[2]) Preußen gab allerdings seinen Standpunkt in dem Strafgesetzbuch vom 14. 4. 1851 wieder auf, indem es die im Entw. von 1843 in § 310 enthaltene besondere Bestimmung über die „Tötung eines Todkranken oder tötlich Verwundeten auf dessen Verlangen" fallen ließ und damit diesen Fall der Tötung dem gewöhnlichen Mord und Totschlag gleichstellte.[3]) Denselben Standpunkt nimmt das österreichische Strafgesetzbuch vom 27. 5. 1852 ein, das in § 4 ausdrücklich und allgemein bestimmt, daß Verbrechen auch an solchen Personen begangen werden, „die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen".[4])

---

[1]) vgl. v. Liszt, Lehrbuch § 84.

[2]) So z. B. dasjenige für Braunschweig vom 10. 7. 1840 (§ 147), für Hessen vom 17. 9. 1841 (Art. 257), für Baden vom 6. 3. 1845 (§ 207), für Frankfurt a. M. vom 16. 9. 1856, für Nassau vom 17. 5. 1849 (Art. 250) und für Hamburg vom 30. 4. 1869 (Art. 120).

[3]) vgl. Beseler, Kommentar über das StGB. für die preuß. Staaten, Leipzig 1851, S. 348 f.

[4]) vgl. hierüber die das österr. StGB. besonders berücksichtigende Dissertation von Pollack, Die Tötung auf Verlangen.

Die in § 216 des StGB. für das Deutsche Reich enthaltene Bestimmung:

„Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen"

ist dem sächsischen Recht entnommen (daselbst Art. 157 des revidierten Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen vom 1. 10. 1868). Der sogen. Friedbergsche Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 enthielt eine dem § 216 entsprechende Bestimmung nicht, vielmehr wurde eine solche erst in den dem Reichstage des Norddeutschen Bundes vorgelegten Entwurf eingeschaltet. Es erschien, wie die Motive sagen,[1]) dem Rechtsgefühl entsprechend, daß die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiere, nicht mit der Strafe belegt werde, wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Andrerseits aber lasse das unbestrittene Sittengesetz, daß das Leben ein unveräußerliches Gut sei, weder Straflosigkeit noch eine niedrig bemessene Strafe zu.

Erfordert wird nach § 216, daß der Täter durch das ausdrückliche und ernste Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist; es genügt also nicht mehr, wie in den früheren Gesetzen, die bloße Einwilligung des Getöteten. Da das Verlangen für den Täter bestimmend gewirkt, den Entschluß zur Tat in ihm hervorgerufen haben muß, so kann

[1]) Mot. zum StGB. S. 110.

§ 216 keine Anwendung finden, wenn sich der Täter in Unkenntnis über das Verlangen befand oder er dieses in dem Getöteten arglistigerweise selbst hervorrief. Die Tat muß dem Verlangen kongruent sein, d. h. dem Willen des Verlangenden in allem Wesentlichen, insbesondere auch in dem zur Tötung angewendeten Mittel entsprechen. Ob der Täter mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, macht für den Tatbestand und somit für die Anwendung des Paragraphen keinen Unterschied, wird vielmehr nur bei der Strafzumessung von Bedeutung sein.

Wenn nun auch durch die Aufnahme der Bestimmung des § 216 in unser Strafgesetzbuch der alte Streit um die juristische Struktur der Tötung mit Einwilligung beendet ist, so ist doch ein neuer, nicht minder lebhafter Streit um die Bestrafung des Versuchs der „Tötung auf Verlangen“ entbrannt. Zwei Streitfragen sind entstanden:

1. ist der Versuch der „Tötung auf Verlangen“ als solcher, d. h. als Versuch strafbar?

2. im Falle der Verneinung dieser Frage: kann der Täter, wenn die Versuchshandlung zu einer Körperverletzung geführt hat, wegen dieser Körperverletzung bestraft werden?

Beide Streitfragen sollen hier entschieden werden.

Erster Hauptteil.

Die Straflosigkeit des Versuchs als solchen.

§ 2.

1. Privilegierung und Qualifizierung von Delikten.

Das Reichsstrafgesetzbuch kennt eine Reihe von Fällen, in denen der für ein Delikt bestehende Strafrahmen durch das Hinzutreten besonderer Umstände zum Tatbestand dieses Delikts erweitert oder verengert wird. Man spricht hierbei von Qualifizierung des betreffenden Delikts, wenn das Minimum oder das Maximum des ordentlichen Strafrahmens oder auch beide zugleich hinaufgerückt, von Privilegierung, wenn eines derselben oder beide herabgesetzt sind. Bei der Privilegierung — nur diese kommt hier in Betracht —, unter welche z. B. die strafvermindernden Umstände der §§ 157, 158 StGB. beim Meineide sowie das einen strafmindernden Umstand darstellende „Gereiztsein" beim Totschlag (§ 213 l. c.) fallen, bleibt das privilegierte Delikt eine bloße Unterart des den Regelfall bildenden Delikts. Daher sind solche nur besonders vorgesehene, die Strafbarkeit vermindernde Umstände für die Charakterisierung der betreffenden Delikte gemäß § 1

StGB. einflußlos, was auch die Motive[1]) mit den Worten ausdrücken: „als Kriterium ist nur diejenige Strafart und dasjenige Strafmaß angenommen, mit welchem die einzelnen Handlungen in ihrem schwersten Falle bestraft werden.“ Es ist also für die Frage, ob ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung vorliegt, ausschließlich die Strafandrohung des Regelfalls maßgebend.

Gegenüber diesen unselbständigen, privilegierten Unterarten von Delikten gibt es Fälle, in denen bei dem Hinzutreten eines besonderen Tatumstandes zum Tatbestand einer strafbaren Handlung ein neues, selbständiges Delikt (delictum sui generis) entsteht, welches mit geringerer Strafe bedroht wird als das Delikt, dessen Tatbestand diesen Umstand nicht berücksichtigt.[2]) Beispiele hierfür sind der sogen. Mundraub (§ 370 Nr. 5 StGB.) im Verhältnis zum Diebstahl und § 313 Abs. 2 StGB. im Verhältnis zu Abs. 1 (letzteres bestritten!). Das Gesetz hebt hier aus dem Tatbestande des Hauptfalles einen speziellen Fall heraus und stellt ihn als besonders charakterisierte selbständige Straftat auf, derart daß dieser neue Deliktsbegriff materiellrechtlich von dem Hauptfall der betreffenden Deliktsart gänzlich unabhängig wird. Es hat somit die Charakterisierung einer solchen strafbaren Handlung als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung mit allen

---

[1]) Mot. ad § 1.

[2]) Der Sprachgebrauch ist hierin nicht allgemein; einige, so z. B. Olshausen ad § 1 n. 7 und Binding, Handbuch 1 S. 721 bezeichnen solche selbständige Delikte als „privilegierte (bezw. qualifizierte) Unterarten“.

sich daraus ergebenden Konsequenzen ausschließlich auf Grund der für dieses selbständige Delikt angedrohten Strafe zu geschehen.

Der soeben berührte Unterschied ist, sofern es sich bei dem Hauptfall um ein Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. handelt, von besonderer Bedeutung für die Frage nach der Strafbarkeit des Versuchs. Bei bloßer Privilegierung nämlich wird die Versuchshandlung des privilegierten Falles gemäß § 43 Abs. 1 StGB. stets als Versuch strafbar sein, weil eben auch der privilegierte Fall ein „Verbrechen“ bleibt. Stellt dagegen der besondere Fall ein selbständiges Delikt dar, so muß dessen Versuch als solcher nach § 43 Abs. 2 l. c. straflos bleiben, wenn die für das selbständige Delikt angedrohte Strafe dieses zum „Vergehen“ im Sinne des § 1 l. c. macht und es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung über die Strafbarkeit dieses Versuchs fehlt. Auf den hier in Betracht kommenden § 216 StGB. angewendet bedeutet das Gesagte: hält man § 216 für eine bloße privilegierte Unterart der Verbrechen aus § 211 und § 212, so ist der Versuch nach § 43 Abs. 1 l. c. als versuchter Mord oder versuchter Totschlag zu bestrafen; erblickt man dagegen in der „Tötung auf Verlangen“ ein seiner materiellrechtlichen Natur nach selbständiges Delikt, so ergibt sich aus seiner Strafandrohung (3—5 Jahre Gefängnis) gemäß § 1 StGB. sein Charakter als „Vergehen“, und es ist dann der Versuch, da § 216 eine ausdrückliche Bestimmung über seine Strafbarkeit nicht enthält, nach § 43 Abs. 2 l. c. als solcher straflos.

§ 3.

2. Die selbständige Natur der Tötung auf Verlangen.

Zu welcher der beiden genannten Arten von Delikten der § 216 StGB. gehört, ist in der Doktrin nicht unbestritten geblieben. Die herrschende Meinung spricht sich für die selbständige Natur des Delikts aus.[1]) Diesen Standpunkt vertrat auch bereits das Obertribunal in dem Urteile vom 28. 3. 1878,[2]) und ihn vertritt gleichfalls das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen, deren letzte, die der vereinigten Strafsenate vom 8. 2. 1896,[3]) durch den II. Strafsenat herbeigeführt wurde. Der II. Strafsenat ging zwar auch von der übereinstimmenden Ansicht dreier Vorentscheidungen aus, nämlich der des I. Strafsenats vom 15. 11. 1880 und 9. 11. 1893[4]) sowie des Feriensenats von 25. 8. 1892 (Rep. 2537/92), daß § 216 den Tatbestand eines selbständigen Delikts, und zwar eines Vergehens enthalte, glaubte jedoch die Auffassung der beiden Senate, der Versuch könne als

---

[1]) So insbesondere Baumgarten, Versuch S. 353; Berner S. 96; Binding, Grundriß II § 114; Frank ad § 216 n. III; Geyer II S. 7; Guderian, Beihilfe zum Selbstmord S. 66 ff.; v. Holtzendorff III S. 418; John in Goltdammers Archiv XXV S. 402; v. Liszt § 85; Merkel S. 307; Olshausen ad § 216 n. 1; Rubo S. 751; Rüdorff-Stenglein ad § 216; Zimmermann in Goltdammers Archiv XXIX S. 435.

[2]) Oppenhoff, Rechtsprechung XIX S. 175.

[3]) Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 28 S. 200 ff.

[4]) Entsch. Bd. 2 S. 442, Bd. 24 S. 369.

Körperverletzung bestraft werden, nicht teilen zu können und erhob deshalb den Konflikt im Sinne des § 137 GVG. Über die daraufhin ergangene Plenarentscheidung wird im folgenden noch eingehend gehandelt werden.

Die Gegenansicht, § 216 StGB. stelle nur einen die Strafbarkeit des Mordes oder Totschlags vermindernden Umstand auf, findet als Vertreter u. a. Hälschner, Hücking, Kohler, Oppenhoff und neuerdings Garrelts.[1] Auch der Oberreichsanwalt hat sich anläßlich der oben zitierten Plenarentscheidung gegen die selbständige Natur der Tötung auf Verlangen ausgesprochen.

Zum Anschluß an die herrschende Meinung zwingt vor allem die Entstehungsgeschichte des Paragraphen. Dieser ist, wie eingangs erwähnt, dem sächsischen Strafgesetzbuch vom 1. 10. 1868 entnommen, und zwar auf Antrag eines Mitgliedes der Kommission für den zweiten Entwurf unseres Strafgesetzbuchs, des Generalstaatsanwals v. Schwarze.[2] Der Fall des Art. 157 ist aber in Sachsen, wie auch v. Schwarze bezeugt, stets als ein den Bestimmungen über Mord und Totschlag gegenüber selbständiges Delikt behandelt worden[3] und man hat bei seiner unter § 211 erfolgenden Aufnahme in den Entwurf des deutschen Strafgesetzbuchs die gleiche Tendenz verfolgt. Hinzukommt, daß zur Zeit dieses

---

[1]) Hälschner II Abt. 1 S. 54; Hücking in Goltdammers Archiv XXXV S. 169 ff.; Kohler, Studien I S. 128; Oppenhoff ad § 216; Garrelts, über die Tötung auf Verlangen S. 1 ff.

[2]) Gerichtssaal XXXIV S. 399.

[3]) a. M. Garrelts a. a. O. S. 11 ff.

zweiten Entwurfs eine Reihe anderer deutscher Landesstrafgesetzbücher die Tötung eines Einwilligenden ebenfalls als selbständiges Delikt auffaßten.[1]) Weiterhin lehrt ein Blick auf den ferneren Gang der Beratungen, daß an der Auffassung von der selbständigen Natur des in ihm aufgestellten Tatbestandes festgehalten worden ist. Der Bundesrat nahm den § 211 des Entwurfs der Bundeskommission unverändert an und auch die Reichstagskommission, welcher Teil 2 Abschn. 16 des Entwurfs mit anderen Abschnitten zur Beratung überwiesen war, änderte nichts an ihm.[2]) Bei der zweiten Lesung im Plenum gelangten zwar bei § 206 des Entwurfs (§ 211 StGB.) zur Beratung einmal ein Prinzipalantrag Lasker und Genossen betr. die Aufnahme mildernder Umstände beim Morde als Abs. 2 des § 206 des Entwurfs sowie die Streichung des § 211 des Entwurfs, alsdann ein Eventualantrag des Abgeordneten Schwarze, für den Fall der Annahme mildernder Umstände den Abs. 2 des § 206 so zu fassen:

> „Ist die Tötung auf das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten erfolgt, oder sind mildernde Umstände vorhanden, so ist“ usw.

Beide Anträge wurden jedoch abgelehnt, und zwar auf Grund einer Debatte, in der der Berichterstatter der Kommission, Evelt, eingehend begründet hatte, daß man den § 211 als besonderes, selbständiges Vergehen aufrecht erhalten müsse.

---

[1]) Es sind dies hauptsächlich die oben in § 1 genannten Gesetzbücher mit Ausnahme desjenigen von Braunschweig.

[2]) Stenographische Berichte der 1. Legislaturperiode, Session 1870 Bd. 3 S. 354f.

Darauf wurde der § 211 mit großer Majorität angenommen.[1]) Der Bundesrat hat alsdann den Entwurf so, wie er aus den Reichstagsverhandlungen hervorgegangen ist, unverändert angenommen und sich damit der Auffassung des Reichstages angeschlossen.[2])

Aus der gesamten Entstehungsgeschichte des § 216 folgt, daß alle mitwirkenden Faktoren die Tötung auf Verlangen als selbständiges Vergehen gewollt haben.[3]) Hiernach ist die Ansicht des Oberreichsanwalts, der von v. Schwarze verfolgte Gedanke „der Schöpfung eines selbständigen Spezialdelikts" habe weder im Entwurfe noch im Gesetze selbst Ausdruck gefunden,[4]) durchaus unbegründet. Noch weniger gerechtfertigt aber erscheint es, die Entstehungsgeschichte des Paragraphen als einen Beweis gerade für die Unselbständigkeit des von ihm normierten Tatbestandes zu verwerten, wie dies von seiten Garrelts' geschieht.[5])

Für die selbständige Deliktsnatur der Tötung auf Verlangen sprechen aber neben der Entstehungsgeschichte des Paragraphen noch andere Gründe. So zunächst die Stellung des § 216 im System. Wäre nämlich dieser nur eine privilegierte Unterart des Mordes und des Totschlags, so

---

[1]) Stenograghische Berichte Bd. 2 S. 656 ff., Bd. 4 S. 427.

[2]) So auch Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen S. 21.

[3]) Ebenso Stenglein, Lexikon Bd. 2 S. 1368.

[4]) s. die genannte Plenarentscheidung S. 201 f.

[5]) Garrelts a. a. O.; Pollack a. a. O. S. 21 will aus der Entstehungsgeschichte überhaupt keinen Schluß ziehen.

würde er nach der sonst für das Strafgesetzbuch üblichen Redaktionsweise den sich auf diese beiden Delikte beziehenden Bestimmungen der §§ 211 und 212 unmittelbar angeschlossen sein, vor der Privilegierung oder Qualifizierung nur eines dieser Delikte.[1]) An § 212, der auf den keine strafmindernden Umstände kennenden § 211 folgt, schließen sich aber in den drei folgenden Paragraphen Bestimmungen an, die nur bezüglich des Totschlags strafmindernder und strafschärfender Natur sind. Dann erst kommt — noch dazu ohne jeden Hinweis auf die §§ 211, 212 — die Tötung auf Verlangen, unmittelbar vor der Kindestötung (§ 217), die, wie allgemein anerkannt wird, ein selbständiges Delikt darstellt.

Eine auffällige Abweichung von der sonstigen Redaktionsweise des Strafgesetzbuchs würde der § 216 als bloße privilegierte Unterart der in §§ 211, 212 vorgesehenen Tatbestände auch insofern enthalten, als sich sonst im Strafgesetzbuch kein einziger Fall findet, in dem zu zwei verschiedenen Delikten ein einziger gemeinsamer strafmindernder Umstand aufgestellt wird. Daß dem § 216 hierin eine Ausnahmestellung nicht einzuräumen ist, ergibt sich schon aus seinem Tatbestande, der, wie bereits eingangs bemerkt, keinen Unterschied macht, ob die Tötung mit oder ohne Überlegung ausgeführt worden ist. Aus dem Fehlen einer Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag erkennt man den Willen des Gesetzgebers, die Tatbestände der §§ 211, 212 in dem in § 216 enthaltenen Tatbestandsmerkmal der „Tötung" auf-

---

[1]) So auch das Reichsgericht a. a. O.

gehen zu lassen und aus diesem zusammen mit den anderen Tatbestandsmerkmalen des Paragraphen einen weiteren selbständigen Tatbestand einer Tötung zu schaffen. Unterstände der § 216 als bloßer besonderer Fall den beiden Hauptfällen der §§ 211, 212, so würde seine Strafandrohung das unterscheidende Merkmal der Hauptfälle berücksichtigen, d. h. dahin unterscheiden, ob die Tötung des Verlangenden mit oder ohne Überlegung ausgeführt worden sei. Der Gesetzgeber hätte den erheblichen Unterschied in den Strafmaßen der §§ 211 (Todesstrafe) und 212 (Zuchthaus nicht unter fünf Jahren) bei der Aufstellung des Strafrahmens für einen beiden Tötungsarten gleichermaßen unterstehenden privilegierten Fall sicherlich nicht unberücksichtigt gelassen. Der Umstand, daß er den einheitlichen Strafrahmen von drei bis fünf Jahren Gefängnis aufstellt, die Berücksichtigung des Kriteriums aber, ob der Täter mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, dem die Strafe abmessenden Richter überläßt, zwingt zu der Annahme eines selbständigen Delikts.[1])

Als einer der hauptsächlichsten Gründe, welche gegen die Annahme eines selbständigen Delikts sprechen sollen, wird angeführt, daß es nach strafprozessualen Grundsätzen unmöglich sei, im schwurgerichtlichen Verfahren, falls in ihm der Tatbestand des § 216 in Betracht käme, auf Grund dieses Paragraphen allein eine Frage an die Geschworenen zu stellen; diese müsse vielmehr aus §§ 211 oder 212 ergänzt werden. Man kann die Richtigkeit dieser Behauptung zu-

---

[1]) Ähnlich Rüdorff-Stenglein zu § 216.

geben, darf indessen daraus keinen Schluß auf die materiell-rechtliche Natur der Tötung auf Verlangen ziehen. Allerdings ist es in der Tat unmöglich, im schwurgerichtlichen Verfahren eine Frage aus § 216 allein an die Geschworenen zu richten. Da nämlich der Tatbestand des § 216 den des Mordes (§ 211) oder den des Totschlags (§ 212) notwendig voraussetzt, kann er nur dann in Betracht kommen, wenn zuvor festgestellt ist, daß der Angeklagte eine vorsätzliche Tötung, sei es Mord oder sei es Totschlag, begangen hat. Weil nun aber in § 216 die Tatbestände der §§ 211, 212 in das Substantivum „Tötung" zusammengefaßt sind, läßt sich aus § 216 keine infinitivische Frage formulieren, die auch den Tatbestand der §§ 211 oder 212 nach seinem Gesetzeswortlaut mitenthält. Es entspricht eben, wie auch das Reichsgericht anerkennt,[1]) die Fassung des Paragraphen durchaus nicht der Bedeutung eines selbständigen Delikts. Die Frage, ob der Angeklagte einen Mord oder einen Totschlag begangen habe, wird deshalb stets als Hauptfrage an die Geschworenen zu richten und ihr dann als Nebenfrage im Sinne des § 295 StPO., d. h. für den Fall der Bejahung der Hauptfrage, die Frage anzuschließen sein, ob der Angeklagte durch das Verlangen des Getöteten bestimmt worden ist. Demnach wird die Fragestellung folgendermaßen lauten:

1. Ist der Angeklagte schuldig, den N vorsätzlich getötet und diese Tötung mit (oder: nicht mit) Überlegung ausgeführt zu haben?

---

[1]) Entsch. Bd. 28 a. a. O.

2. Für den Fall der Bejahung der Frage zu 1:
Ist der Angeklagte durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des N zur Tötung bestimmt worden?

Den Geschworenen darf die Frage aus § 216 nicht etwa für den Fall der Verneinung der ersten Frage gestellt werden, denn dann wäre, wenn die Geschworenen die erste Frage bejahten, dem Angeklagten die Vergünstigung aus § 216 versagt.[9]) Falls also der § 216 bei der schwurgerichtlichen Fragestellung in Betracht kommt, was bei der Vergehensnatur des in ihm vorgesehenen Tatbestandes stets nur im Zusammenhange mit einem von vornherein vor das Schwurgericht gehörenden Delikt geschehen kann, so ist die Frage aus ihm stets als Nebenfrage zu der aus §§ 211 oder 212 zu formulierenden Hauptfrage, niemals aber als Hilfsfrage (§ 294 StPO.) zu dieser Hauptfrage zu stellen.

Verfehlt ist es nun aber, aus diesem rein prozessualen Moment einen Schluß auf die materiellrechtliche Deliktsnatur des § 216 zu ziehen. Es gibt auch andere Delikte, deren Selbständigkeit unbestritten ist, deren Tatbestände aber doch bloße strafmindernde Umstände im prozessualen Sinne darstellen. Der sogen. Mundraub (§ 370 Ziff. 5 StGB.) ist zweifelsohne ein selbständiges Delikt, und dennoch wirkt der in diesem Paragraphen vorgesehene besondere Tatbestand dem gewöhnlichen Diebstahl (§ 242 StGB.) gegenüber prozessual strafmindernd (§ 295 StPO.). Umgekehrt bildet beim Raube

---

[9]) So auch RGE. Bd. 26 S. 363 ff.

(§ 249 StGB.), dessen selbständige Deliktsnatur nirgends bezweifelt wird, das Kriterium der Gewaltanwendung prozessual einen straferhöhenden Umstand zum Diebstahl. In § 217 StGB. schließlich wirkt der Umstand, daß die Täterin eine Mutter ist, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, prozessual strafvermindernd gegenüber den Delikten aus §§ 211, 212 StGB. Auch die Frage aus § 217 wird deshalb im schwurgerichtlichen Verfahren, falls die Hauptfrage auf Mord oder Totschlag lautet — an sich kann die Frage aus § 217 selbst Hauptfrage sein, da für dieses Delikt von vornherein das Schwurgericht zuständig ist — dieser Hauptfrage als Nebenfrage gemäß § 295 StPO. anzuschließen sein.[1])

Daß die Gründe, welche dazu führen, Tatbestandsmerkmale selbständiger Delikte als bloße strafvermindernde Umstände im Sinne der §§ 262, 266, 295 StPO. anzusehen, dem materiellen Recht angehören, kann nur insoweit zugegeben werden, als das materielle Strafrecht die Verbrechensbegriffe enthält und bei deren Aufstellung so verfahren werden kann, daß zu gewissen, einfachen Tatbeständen andere Tatumstände strafmindernd oder straferhöhend hinzutreten. Dadurch wird aber die materiellrechtliche Selbständigkeit des zusammengesetzten Tatbestandes in keiner Weise berührt.[2])

---

[1]) Ebenso RGE. Bd. 28 a. a. O.; vgl. auch Löwe, StPO. zu § 262 N. 2c.

[2]) So auch RGE. Bd. 28 a. a. O. und die früheren RGE. Bd. 6 S. 225, 12 S. 253, 20 S. 351 und 26 S. 363.

Überdies muß man, wie auch Jeselsohn mit Recht betont,[1] dabei in Betracht ziehen, daß die Redaktion des Reichsstrafgesetzbuchs eine von der Strafprozeßordnung ganz unabhängige ist. Als das Strafgesetzbuch geschaffen wurde, dachte man noch nicht an eine gemeinsame Strafprozeßordnung.

Selbst wenn man also zugibt, daß der Wortlaut des § 216 der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren etwelche Schwierigkeiten bereiten kann, die jedoch, wie gezeigt, nicht erheblich sind, darf doch daraus auf die materiellrechtliche Natur dieses Delikts kein Schluß gezogen werden. Übrigens tritt eine gleiche Schwierigkeit auch im Verfahren vor der Strafkammer, vor die das Delikt an sich gehört, zutage. Auch hier muß aus dem oben genannten Grunde sowohl in der Anklageschrift als auch im Eröffnungsbeschluß und ebenso bei der tatsächlichen Feststellung in den Urteilsgründen der Tatbestand des § 216 in seinem Wortlaut aus §§ 211 oder 212 ergänzt werden. Jedenfalls kann man die Frage, ob das Verlangen nach Tötung prozessual einen im Sinne der §§ 262, 266 und 295 StPO. strafmindernden Umstand des Mordes und Totschlags bildet, bejahen, ohne deshalb die Ansicht, § 216 sei nach materiellem Recht ein delictum sui generis, aufgeben zu müssen.[2]

---

[1]) Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 S. 30f.

[2]) So auch Olshausen zu § 216 N. 1; Rüdorff-Stenglein zu § 216 Nr. 3; Jeselsohn a. a. O.; Wiebeck a. a. O. S. 23f.; sowie RGE. Bd. 28.

Somit ist die in § 216 normierte strafbare Handlung in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre als ein den §§ 211, 212 gegenüber selbständiges Delikt anzusehen. Daraus folgt, daß die Tötung auf Verlangen, da die Strafandrohung „Gefängnis nicht unter drei Jahren“ lautet, gemäß der in § 1 StGB. enthaltenen Trichotomie ein „Vergehen“ darstellt. Da aber das StGB., wie § 43 Abs. 2 besagt, den Versuch bei Vergehen „nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt“, und in § 216 eine solche ausdrückliche Bestimmung fehlt, so ist der Versuch der „Tötung auf Verlangen“ als solcher straflos.

Zweiter Hauptteil.

Die Bestrafung der Versuchshandlung als Körperverletzung.

1. Bestrafung einer als Versuch straflosen Handlung als vollendeten Delikts.

§ 4.

a) Der Wille des Gesetzgebers.

Nunmehr entsteht die Frage, ob nicht, wenn auch der Versuch als solcher straflos bleibt, die in Ausführung desselben begangene Körperverletzung gemäß den im Abschn. 17 des zweiten Teiles des Strafgesetzbuchs enthaltenen Vorschriften bestraft werden kann. Zur Beantwortung dieser in der zeitgenössischen Strafrechtsliteratur viel umstrittenen Frage ist zunächst ganz allgemein zu prüfen, ob überhaupt, wenn der Versuch eines Vergehens mangels ausdrücklicher gesetzlichen Bestimmung straflos ist, auf die Versuchshandlung ein anderes, durch sie verletzt erscheinendes Strafgesetz angewendet werden darf.

„Nulla poena sine lege“: nur wenn ein zur Zeit der

Begehung der strafbaren Handlung vorhandenes Strafgesetz verletzt ist, kann Strafe eintreten. Dieser fundamentale strafrechtliche Grundsatz gilt nach § 2 auch in unserem Strafgesetzbuch. Ist aber ein Strafgesetz verletzt, sind alle die in ihm vorgesehenen Tatbestandsmerkmale nach ihrer objektiven und subjektiven Richtung hin erfüllt, d. h. liegt das von ihm normierte objektiv rechtswidrige Tun sowie ein Verschulden seitens des Täters vor, dann muß grundsätzlich auf diese Handlung das verletzte Gesetz Anwendung finden. Dies ist der Wille des Gesetzgebers, zu diesem Zwecke bestimmt er den Tatbestand der einzelnen strafbaren Handlungen und setzt auf ihn Strafen.

Liegt eine Versuchshandlung vor, die gleichzeitig den Tatbestand eines vollendeten Delikts erfüllt, so muß man bei der Frage nach dem Willen des Gesetzgebers unterscheiden, ob die Versuchshandlung schon als solche strafbar ist oder ob sie als Versuch straflos bleibt. Im ersteren Falle geschieht dem Willen des Gesetzgebers schon durch die Bestrafung der Tat als Versuchs Genüge, wenn das versuchte Delikt dem vollendeten gegenüber die bezüglich der Strafandrohung schwerere Straftat darstellt. Der Gesetzgeber verlangt nicht noch besondere Bestrafung wegen des vollendeten, leichteren Delikts. Ist andererseits das versuchte Delikt rücksichtlich der Strafandrohung leichter als das vollendete, dann kann sich der Gesetzgeber nicht mit der Bestrafung des Täters nur wegen des versuchten Delikts begnügen, vielmehr verlangt er dann, daß zwecks voller Sühne der Tat das durch das vollendete Delikt verletzte schwerere Strafgesetz auf die Hand-

lung Anwendung finde. In beiden Fällen kommt Idealkonkurenz zwischen dem versuchten Delikt und dem vollendeten Delikt in Frage (§ 73 StGB.). Der Gesetzgeber begnügt sich hier aus Zweckmäßigkeitsgründen damit, daß die Bestrafung nur wegen des schwereren Delikts eintritt, weil billigerweise eine und dieselbe Handlung nicht mehrfach bestraft werden soll. Voraussetzung ist hierbei, daß nicht etwa schon auf Grund des besonderen Verhältnisses, in welchem die verletzten Gesetze zueinander stehen, in Wahrheit nur eines derselben Anwendung auf die Handlung des Täters verlangt, es sich also um bloße Gesetzeskonkurrenz handelt. Auf die Begriffe der Ideal- und der Gesetzeskonkurrenz wird im folgenden noch näher eingegangen werden.

Bleibt dagegen die Handlung als Versuch straflos, insbesondere weil es, was hier nur interessiert, an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung über die Strafbarkeit des Versuchs fehlt, so tritt der Wille des Gesetzgebers, ob eine Bestrafung wegen des vollendeten Delikts erfolgen soll oder nicht, durchaus nicht ohne weiteres klar zutage. Die drei folgenden Paragraphen dieser Abhandlung werden sich mit dieser Frage beschäftigen. Hier soll nur sogleich gegen eine Schlußfolgerung Stellung genommen werden, die möglicherweise aus einem Vergleich des § 43 Abs. 2 StGB. mit § 46 l. c. gezogen werden könnte. § 46, welcher von dem sogen. „Rücktritt vom Versuch“ handelt, bestimmt nämlich, daß im Falle dieses Rücktritts der Versuch „als solcher“ straflos bleibt. In den Worten „als solcher“ liegt der Grundsatz ausgesprochen, daß die Versuchshandlung, falls sie zugleich

den Tatbestand eines vollendeten Delikts enthält, auf dem Titel dieses Delikts sehr wohl strafbar ist, und daß somit das betreffende, verletzte Strafgesetz auf sie zur Anwendung kommt. In § 43 Abs. 2 fehlt ein solcher ausdrücklicher Hinweis. Hieraus aber den Schluß zu ziehen, daß die Versuchshandlung, wenn sie mangels ausdrücklicher gesetzlichen Bestimmung als versuchtes Vergehen straflos ist, dann unter allen Umständen straflos bleiben solle, selbst wenn sie zugleich ein vollendetes Delikt darstelle, wäre verfehlt, zumal die Motive durchaus keinen Anhalt dafür bieten. Es hieße dies dem Gesetzgeber lediglich auf Grund eines offenbar unbeabsichtigten Unterschiedes im Ausdruck eine ihm ganz ferngelegene Absicht imputieren. Diese Schlußfolgerung scheint in der Doktrin bisher auch keinen Vertreter gefunden zu haben.

§ 5.

b) Idealkonkurrenz.

Zur Bejahung der Möglichkeit, eine nach § 43 Abs. 2 StGB. straflose Versuchshandlung als vollendetes Delikt zu bestrafen, sind einige auf einem falschem Wege gelangt. Es wird nämlich behauptet,[1]) daß, wenn durch eine als Versuch eines Vergehens mangels ausdrücklicher gesetzlichen Bestimmung straflose Handlung zugleich ein vollendetes Delikt begangen sei, zwischen den beiden dann in Betracht kommenden Straf-

---

[1]) Z. B. v. Olshausen ad § 43 n. 31 und ad § 73 n. 24.

gesetzen ebenfalls Idealkonkurrenz vorliege und deshalb, auch wenn der Versuch als solcher straflos bleibe, die Handlung dennoch eben infolge bestehender Idealkonkurrenz als vollendete Tat strafbar sei. Der Begriff der Idealkonkurrenz ergibt sich klar aus dem bereits angeführten § 73 StGB.: eine und dieselbe Handlung muß mehrere Strafgesetze verletzt haben. Von Idealkonkurrenz kann also immer nur dann die Rede sein, wenn wirklich zwei oder mehrere Gesetze an sich anwendbar, d. h. die in ihnen vorgesehenen Tatbestände durch die eine Handlung erfüllt sind. Durch eine Handlung müssen zwei (oder mehrere) vollendete oder versuchte Delikte oder auch je eines von beiden begangen sein. Diese mehreren Delikte konkurrieren miteinander. Es scheidet dann das leichtere Delikt nicht etwa völlig aus, vielmehr werden bei der Aburteilung alle verletzten Strafgesetze berücksichtigt, insbesondere alle Straftaten im Urteilstenor genannt, und nur die Bemessung der Strafe tritt auf Grund bloß eines, des schwersten der verletzten Gesetze ein.[1])

Gegen die Annahme von Idealkonkurrenz im oben erwähnten Falle spricht die Erwägung, daß beim Vorliegen einer nach § 43 Abs. 2 straflosen Handlung, welche zugleich ein vollendetes Delikt verwirklicht, von einer Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung, wie

---

[1]) So auch Olshausen ad § 73 n. 23 und Rüdorff-Stenglein ad § 73 n. 11, welche mit Recht die Bestimmung des § 73 für eine bloße Strafzumessungsregel gleich der des § 74 l. c. halten; ebenso RGE. Bd. 3 S. 390.

dies § 73 verlangt, nie die Rede sein kann. Es ist hier vielmehr in Wahrheit nur ein einziges Strafgesetz verletzt, eben dasjenige, welches auf das durch die Versuchshandlung vollendete Delikt anzuwenden ist, während hinsichtlich des anderen, unter welches die Handlung als versuchtes Vergehen fällt, überhaupt keine Verletzung stattgefunden hat, weil es an der ausdrücklichen Strafbestimmung „der Versuch ist strafbar" fehlt, die Handlung also nach dieser Seite hin gemäß § 2 l. c. strafrechtlich gar nicht in Betracht kommt. Es entsteht keine Konkurrenz von Delikten, weil in Wirklichkeit nur ein einziges vorliegt. Wenn z. B. A den B körperlich verletzen will, der Erfolg jedoch nicht eintritt, weil der Stein, den A nach B wirft, diesen nicht erreicht, so kann es sich um keine Idealkonkurrenz zwischen § 223a und § 366 Ziff. 7 StGB. handeln, weil eben in diesem Falle der Körperverletzungsversuch nach positivem Strafrecht ohne jede Bedeutung ist und somit nur eine Übertretung des § 366 Ziff. 7 in Frage kommt. Dieses Moment scheint von Olshausen und denen, die gleich ihm hier Idealkonkurrenz annehmen wollen, übersehen zu werden, was vielleicht durch nicht genügende Trennung dieses Falles von dem des § 46 veranlaßt wird. Bei § 46 freilich handelt es sich zunächst stets um eine strafbare Handlung: der Versuch eines Verbrechens oder derjenige eines Vergehens, dessen Strafgesetz die in § 43 Abs. 2 verlangte ausdrückliche Bestimmung enthält, ist eine strafbare Handlung, durch welche ein Strafgesetz „verletzt" wird, und diese Verletzung bleibt bestehen, auch wenn eine der Voraussetzungen des § 46 eintritt; nur der bereits entstandene

Strafanspruch wird dadurch getilgt.[1]) Enthält nun eine solche Versuchshandlung ein vollendetes Delikt, dann könnte man vielleicht Idealkonkurrenz zwischen dem versuchten und dem vollendeten Delikt annehmen, nur daß dann das Gesetz des versuchten Delikts bei der Aburteilung nicht in Betracht käme.[2]) Ob gegen diese Annahme etwa die Erwägung sprechen würde, daß die Zulässigkeit der Strafverfolgung Voraussetzung der Idealkonkurrenz sei, wäre immerhin noch zu prüfen, zumal die Meinungen hierüber geteilt sind. Indessen liegt keine Veranlassung vor, hier darauf einzugehen: es genügt der Hinweis, daß der Fall des § 46 von dem des § 43 Abs. 2 bei der Frage nach Idealkonkurrenz scharf zu trennen ist. In dem Falle des § 43 Abs. 2 kann keine Idealkonkurrenz im Sinne des Gesetzes vorliegen, so daß aus ihr auch nicht die Möglichkeit hergeleitet werden kann, ein durch eine nach diesem Paragraphen straflose Handlung vollendetes Delikt als solches zu bestrafen.

§ 6.

c) Subsidiarität der Strafgesetze.

Während man infolge fälschlicher Annahme von Ideal-konkurrenz dazu gekommen ist, die Frage nach der Zulässig-

---

[1]) So auch Beling, Grundzüge S. 54 und v. Liszt I S. 194; a. M. Rubo ad § 46 n. 3, welcher das „bleibt“ dahin interpretiert, „es solle so sein, als ob die Handlung bis zur Strafbarkeit überhaupt noch nicht gediehen war“.

[2]) So Olshausen ad § 73 n. 24 und Erkenntnis des Ober-tribunals vom 24. 1. 1877 in Oppenhoffs Rechtsprechung XVIII S. 70.

keit der Bestrafung des durch die straflose Versuchshandlung vollendeten Delikts zu bejahen, hat andrerseits die gleichermaßen falsche Annahme von Gesetzeskonkurrenz einige dazu verleitet, nach dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers diese Frage unter Umständen zu verneinen. Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn mehrere Strafgesetze ihren Tatbestandsmerkmalen nach auf eine Straftat passen, es sich indessen nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anordnung des Gesetzgebers ergibt, daß nur eines von ihnen Anwendung beanspruchen kann. Der Unterschied zwischen ihr und der Idealkonkurrenz besteht also darin, daß bei dieser tatsächlich mehrere Delikte miteinander in Konkurrenz treten, während bei der Gesetzeskonkurrenz nur ein scheinbares Konkurrieren mehrerer Strafgesetze vorliegt. Aus diesem unterscheidenden begrifflichen Merkmal folgt die verschiedenartige Beseitigung der „Konkurrenz." Bei der Idealkonkurrenz soll laut § 73 das schwerste der einander völlig koordinierten verletzten Gesetze zur Anwendung kommen, bei der Gesetzeskonkurrenz dagegen bedarf es einer solchen wenn auch zweckmäßigen so doch immerhin gewaltsamen und äußerlichen Lösung nicht, vielmehr löst sich hier der Konflikt infolge des besonderen Verhältnisses, in welchem die konkurrierenden Gesetze zueinander stehen, von selbst dadurch, daß eines derselben nach den erkennbaren Intentionen des Gesetzgebers vor den übrigen zur Anwendung zu kommen verlangt. Aus dem Begriff der Gesetzeskonkurrenz folgt, daß von ihr hinsichtlich der Strafbarkeit einer Versuchshandlung als vollendeten Delikts nicht so ganz allgemein die Rede sein kann, weil eben die Gesetzes-

konkurrenz ein bestimmtes Verhältnis der konkurrierenden Gesetze zueinander erfordert. Da der Begriff in der Doktrin entstanden und von ihr beibehalten worden, dem Gesetz aber völlig fremd ist, wird sich das besondere Verhältnis der Gesetze zueinander, auf dem er sich aufbaut, soweit es hier in Betracht kommt, bezüglich seines Einflusses auf die Frage der Strafbarkeit einer Versuchshandlung als vollendeten Delikts charakterisieren lassen, auch ohne daß man mit diesem Begriff weiter operiert.

Die Körperverletzungsvorschriften sind den Tötungsvorschriften gegenüber subsidiär. Die Subsidiarität der Strafgesetze überhaupt kann nach Binding[1]) zwei Formen haben. Ein Strafgesetz, welches nur dann angewendet werden will, falls ein anderes nicht zur Anwendung gelangt, — dies ist unter der Voraussetzung, daß die beiden Gesetze nicht im Verhältnis von lex generalis und lex specialis stehen, der Begriff der Subsidiarität —, kann diesen Willen insoweit haben, als derselbe Tatbestand, den es normiert, nicht nach einem anderen Strafgesetz eine höhere oder geringere Strafdrohung findet. Entgegen diesem ersten Fall der Subsidiarität will das subsidiäre Strafgesetz im zweiten nur Anwendung finden, „falls eine andere als die von ihm definierte Handlung nicht nach strengerer Satzung einen weitergehenden Strafanspruch erzeugt.“[2]) Diese zweite Form der Subsidiarität ist nach Binding damit in Zusammenhang zu bringen, daß

---

[1]) Binding, Handb. I S. 349 ff.

[2]) Binding a. a. O.

es ein natürlicher Entwicklungsgang in der Geschichte des Schutzrechts ist, mit Befriedigung der dringendsten Bedürfnisse des Rechtsschutzes zu beginnen und dann erst seine Aufgabe in die feineren Verzweigungen zu verfolgen. In diesem zweiten Falle wiederum kann das so geartete Verhältnis zweier Strafgesetze bedingt sein durch die „Subsidiarität gewisser Verbrechensformen und der ihnen geltenden Strafdrohungen" oder aber „durch das subsidiäre Verhältnis der ihnen zugrunde liegende Normen, also durch das Verhältnis der Delikte zueinander." [1]) Unter diesen letzten Fall gehört das Verhältnis der Körperverletzungsvorschriften zu den Tötungsvorschriften. Die Subsidiarität der Strafgesetze über Körperverletzung ist eine Folge der Subsidiarität der Körperverletzungsnormen. Die Norm, welche sich wider die Körperverletzung richtet (Du sollst keinen Menschen körperlich verletzen!), ist der Norm wider die Tötung (Du sollst keinen Menschen töten!) subsidiär, weil eine Tötung anders als durch Körperverletzung nicht denkbar ist; jede vollendete Tötung schließt begrifflich eine Körperverletzung in sich, beide bilden ein „begriffliche Einheit." [2]) Ist also die Tötungsnorm verletzt, sei es, daß eine vollendete Tötung oder sei es, daß ein strafbarer Tötungsversuch vorliegt, und kommt demzufolge ein diese Norm schützendes Strafgesetz zur Anwendung, so ist dadurch die Anwendbarkeit einer Körperverletzungsvorschrift als einer der Tötungsvorschrift gegenüber nur subsidiär geltenden ausgeschlossen, selbst wenn der Tatbestand der Körperverletzung — auch nach seiner subjektiven

[1]) Binding a. a. O.

[2]) Schwarze ad § 73.

Seite hin — erfüllt ist. Dies darf als zweifellos anerkannt werden. Es kann niemand, sofern es sich um eine einzige Handlung handelt, gleichzeitig wegen Mordes und Körperverletzung und ebensowenig wegen Mordversuchs und Körperverletzung bestraft werden.

Wie aber, wenn ein strafloser Tötungsversuch vorliegt, der eine vollendete Körperverletzung darstellt? Kann man auch hier noch davon sprechen, daß dann das auf die versuchte Tötung sich beziehende Strafgesetz zur Anwendung gelange und deshalb das die Körperverletzung treffende Strafgesetz zurücktreten müsse? Es dürfte dies als allzu weitgehend erscheinen. Freilich, in Betracht kommt die Tötungsvorschrift insofern, als sie entweder sagt: der Tötungsversuch ist ein an sich strafbarer Versuch, doch liegt ein in § 46 vorgesehener Straftilgungsgrund vor, oder aber: er ist mangels ausdrücklicher gesetzlichen Bestimmung laut § 43 Abs. 2 straflos. In diesen Fällen aber von „Anwendung" der betreffenden Tötungsvorschrift zu sprechen, ist nicht angängig, wenigstens wenn man dies in dem Sinne tun will, in welchem dieses Wort zur Definition des Begriffes der Subsidiarität dient. Da heißt „angewendet werden" nicht „überhaupt in Betracht kommen", sondern man will, wenn man da von „Anwendung eines Strafgesetzes" spricht, ausdrücken, daß auf Grund desselben die Tat zu beurteilen ist und auf Grund dieser Beurteilung Strafe einzutreten hat. Man kann daher nicht Guderian zustimmen, wenn er mit Beziehung auf § 216 sagt,[1]) im

---

[1]) Guderian a. a. O. S. 71.

Falle des mangels ausdrücklicher Bestimmung straflosen Versuchs eines Vergehens komme der auf das versuchte Delikt bezügliche Paragraph insofern doch zur Anwendung, als aus § 43 Abs. 2 die allgemeine Vorschrift — nämlich: der Versuch eines Vergehens ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung straflos — herauszuziehen und in den Rahmen des den Versuch straflos lassenden Paragraphen zu stellen sei, „so daß, wenn die durch die Versuchshandlung vollendete Körperverletzung straflos bleibe, nur gemäß der Bestimmung des § 216 gehandelt werde, und daher das Verbot der Körperverletzung nicht Platz greifen könne". Es kann einer solchen gewaltsamen, extensiven Deutung des Wortes „Anwendung", zumal wenn man sich das Wesen der Subsidiarität immer vor Augen hält, nicht beigepflichtet werden. Das erklärt auch das Reichsgericht mit Beziehung auf § 216: „der Grundsatz der Absorption der Strafnorm der §§ 223 ff. durch § 216 gilt eben nur, wenn und soweit eine nach § 216 strafbare Handlung vorliegt." [1]) Man muß deshalb sagen: bleibt ein Tötungsversuch straflos, so ist von einer „Anwendung" einer Tötungsvorschrift nicht zu sprechen, es kann mithin nach dem Wesen der Subsidiarität die in ihrer Anwendbarkeit nun nicht mehr gehemmte Körperverletzungsvorschrift auf die Versuchshandlung sehr wohl Anwendung finden.

---

[1]) RGE. Bd. 28 S. 213.

§ 7.

d) Einheitliche Regelung der Materie.

Es gibt im Strafgesetzbuch Materien, welche einheitlich und erschöpfend geregelt sind.[1] Zu diesen Materien gehört z. B. die des Zweikampfes, des Meineides, der Sachbeschädigung und auch die der Tötung auf Verlangen. Man versteht unter einer solchen Rechtsmaterie „ein Rechtsinstitut oder wenigstens einen Kreis zusammengehöriger Rechtssätze, also eine gewisse Einheit, zu der alle Rechtssätze, die entweder einer anderen Rechtsmaterie angehören oder wenigstens einer anderweiten Regelung der Materie entspringen, als fremdartige in einem begrifflichen Gegensatze stehen".[2] Es wird nun behauptet, so mit Bezug auf § 216 von Geyer, Olshausen und Jeselsohn,[3] daß eine in eine solche Materie gehörige Handlung, wenn sie auf Grund des § 43 Abs. 2 straflos bleibe, dann nicht als etwaiges vollendetes Delikt bestraft werden könne. Eben weil der Gesetzgeber für die betr. Materie einen geschlossenen Kreis von Vorschriften oder auch nur eine einzige Vorschrift, wie bei § 216, gegeben habe, solle eine darunterfallende Handlung auch nur nach ihnen beurteilt werden. Bleibe sie gemäß derselben straflos, dann könne sie auch nicht auf Grund eines anderen Strafgesetzes bestraft werden, selbst wenn sie dessen Tatbestand erfülle.

---

[1]) Den Ausdruck „Materie" gebraucht § 2 des EG. z. StGB.

[2]) Olshausen n. 3 ad § 2 EG. z. StGB.

[3]) Geyer, Grundriß II S. 7; Olshausen ad § 216 n. 5; Jeselsohn a. a. O. S. 51.

Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Zwar ist klar, daß die einer einheitlich geregelten Materie unterstehende Handlung nur nach deren Vorschriften zu beurteilen sein wird. Bleibt sie jedoch im Falle des Versuchs eines Vorgehens straflos, so ist unter der Voraussetzung, daß die Versuchshandlung nicht schon ihrem Begriff nach jenes vollendete Delikt enthalten muß, — dann müßte dies nach dem Willen des Gesetzes allerdings in gleicher Weise straflos bleiben wie das versuchte —, das außerhalb der Materie stehende Strafgesetz auf die Handlung anzuwenden, wenn dessen Tatbestand in objektiver und subjektiver Beziehung durch sie erfüllt ist. In diesem Falle hört nämlich die Handlung auf, in ihrer strafrechtlichen Bedeutung nur als Versuch in Betracht zu kommen, sie scheidet vielmehr aus jener Materie, der sie in ihrer Eigenschaft als Versuchshandlung untersteht, aus, und tritt, alle Kriterien eines anderen Strafgesetzes erfüllend, als vollendetes Delikt unter dieses. Es wird dies ohne weiteres klar, wenn das durch die Versuchshandlung vollendete Delikt ein vorsätzlich begangenes ist. Hier wird durch den Vorsatz, welcher sich auf das vollendete Delikt richtet, mag er in dem auf das versuchte bezüglichen Vorsatz enthalten sein oder mögen beide alternativ nebeneinander bestehen, die Handlung nach einer zweiten Seite hin strafrechtlich qualifiziert. Durch das Moment des auf dieses Delikt gerichteten Vorsatzes wird die Handlung aus dem Rahmen der Materie, der sie doch nur vermöge des Versuchsvorsatzes untersteht, herausgehoben, sie teilt sich gewissermaßen infolge des doppelten Vorsatzes und greift nun als eine alle Kriterien des Tat=

bestandes jenes zweiten Gesetzes erfüllende Handlung verletzend in dessen Sphäre ein. Man kann also dann nicht mehr davon reden, daß sie einzig und allein unter die Materie falle, der das durch den Versuch berührte Strafgesetz angehöre, und daß deshalb die Anwendung des außerhalb der Materie stehenden Strafgesetzes auf sie ausgeschlossen sei.

Wie aber, wenn das vollendete Delikt nicht mit darauf gerichtetem Vorsatze, sondern infolge bloßer Fahrlässigkeit, sofern das Gesetz diese berücksichtigt, verübt ist, wenn weder Wissen noch Wille auf dasselbe gerichtet war? Hier wird das Moment, welches die Handlung als eine sich über den Rahmen jener Materie hinaus erstreckende erscheinen läßt, darin zu finden sein, daß der Täter wissen mußte und wissen konnte, daß sein Tun eine andere Richtung nehmen würde, als er wollte. Sobald der Täter die Pflicht der Sorgfalt, die das Gesetz verlangt, bei seinem Tun verletzt, obwohl für ihn die Möglichkeit ihrer Erfüllung vorhanden war, gewinnt dieses eine Bedeutung, die ihm andernfalls nicht zuzusprechen wäre. Auch hier kommt die Handluug strafrechtlich wieder in zweifacher Beziehung in Betracht: sie bleibt, soweit Vorsatz vorhanden ist, im Rahmen der Materie, sie tritt aus ihm heraus, sobald das neue, nach einer ganz anderen Richtung hinweisende und vom Gesetz berücksichtigte Moment der Fahrlässigkeit hinzukommt.

Da aber von einer Anwendung eines verletzten Gesetzes auf eine nach § 43 Abs. 2 straflose Versuchshandlung doch nur gesprochen werden kann, wenn bezüglich dieser Verletzung Vorsatz oder vom Gesetz berücksichtigte Fahrlässigkeit vor-

handen ist, so ergibt sich, daß, wenn die Versuchshandlung als solche unter eine einheitlich und erschöpfend geregelte Materie fällt, dadurch die Anwendung des mit dem vollendeten Delikt sich deckenden Strafgesetzes keineswegs ausgeschlossen ist. Dies gilt auch für die Materie der Tötung auf Verlangen.

Das Ergebnis der bisherigen Betrachtung ist: der Wille des Gesetzgebers, daß auf eine Handlung, die sich nach ihren Tatbestandsmerkmalen mit einer vom Gesetz unter Strafe gestellten deckt, das betreffende Strafgesetz anzuwenden ist, greift grundsätzlich auch für den Fall Platz, daß eine nach § 43 Abs. 2 StGB. straflose Handlung den Tatbestand eines anderen Delikts konsumiert. Weder das etwaige subsidiäre Verhältnis der in Betracht kommenden Strafgesetze zueinander noch die einheitliche Regelung der Materie, der das versuchte Delikt angehört, schließen diesen obersten Willen des Gesetzgebers aus. Andrerseits aber ist es auch eben bloß der Wille, jede strafbare Handlung nach dem auf sie passenden Strafgesetz ihre Strafe finden zu lassen, der die Bestrafung der Versuchshandlung als vollendeten Delikts ermöglicht, dagegen nicht, wie gezeigt, das Vorliegen von Idealkonkurrenz.

Somit steht grundsätzlich der Bestrafung auch der versuchten Tötung auf Verlangen als vollendeten Delikts nichts im Wege.

2. Die versuchte Tötung auf Verlangen als vollendete Körperverletzung.

§ 8.

a) Tatbestand der Körperverletzung.

Bei den obigen Ausführungen ist von der Voraussetzung ausgegangen, daß durch die Versuchshandlung der Tatbestand des vollendeten Delikts in objektiver wie in subjektiver Beziehung erfüllt sein muß, wenn das diesen Tatbestand unter Strafe stellende Gesetz zur Anwendung kommen soll. Auf diese Voraussetzung ist nunmehr näher einzugehen. Da als durch die Versuchshandlung des § 216 StGB. vollendetes Delikt fast ausschließlich das der Körperverletzung in Betracht kommt und sich auch nur um dessen Bestrafung Streit erhoben hat, ist zu prüfen einmal, welches die Tatbestandsmerkmale einer Körperverletzung sind, und zweitens, inwieweit die auf Tötung gerichtete Versuchshandlung dieselben enthält.

Der objektive Tatbestand der Körperverletzung, d. h. die in Erscheinung getretene Handlung des Täters, charakterisiert sich nach § 223 StGB. als körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung. Ist dieser Erfolg durch ein besonderes Mittel herbeigeführt, so liegt die qualifizierte Körperverletzung des § 223 a vor; sind die Folgen der Verletzung besonders schwere, so kommt § 224 und § 225 in Betracht, während § 229 die Körperverletzung durch Beibringung von Gift regelt, wobei im Falle des Abs. 1 der

Eintritt einer Gesundheitsbeschädigung nicht erforderlich ist. Der Tatbestand des § 226 (Körperverletzung mit tötlichem Ausgange) scheidet naturgemäß hier aus, denn wenn der Tod des Verletzten eingetreten ist, so liegt das vollendete Delikt des § 216 und nicht sein bloßer Versuch vor. So viel über die objektive Seite der Körperverletzung.

Nun zu ihrer subjektiven, zur Verschuldung des Täters. Das Gesetz berücksichtigt beide Arten der Verschuldung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, und erwähnt in § 225 neben dem Vorsatz auch noch die „Absicht". Man versteht unter dieser den auf die Erreichung eines Zieles gerichteten Willen; die Absicht reicht also über den Vorsatz hinaus. Um nun den Begriff des Körperverletzungsvorsatzes recht zu erfassen, wird man nochmals einen Blick auf das Verhältnis der Körperverletzungs- zu den Tötungsvorschriften werfen müssen. Eine Tötung anders als durch Körperverletzung ist nicht denkbar, wer einen Menschen tötet, kann dies nur dadurch tun, daß er ihn körperlich verletzt. Worin die Verletzung besteht, ob im Zufügen einer äußeren Wunde, in innerer Einwirkung auf den Körper, in plötzlicher Lähmung der Körperfunktionen, wie z. B. durch einen elektrischen Schlag, oder endlich in bloßer Einwirkung auf das Nervensystem (Tötung durch plötzlichen Schreck) ist gleichgültig. Ebenso ist andrerseits unerheblich, ob dem zu Tötenden der Vorgang überhaupt zum Bewußtsein kommt, insbesondere ob er ein Schmerzgefühl empfindet. Stets aber muß sein Körper derartig in Mitleidenschaft gezogen werden, daß die Behandlung, die er durch den Täter erfährt, eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB.

darstellt.[1]) Alle diese Körperverletzungen behufs Tötung fallen indessen nicht unter die Körperverletzungs-, sondern allein unter die Tötungsvorschriften. Die Körperverletzungsnorm ergreift demgemäß „nur den Rest der Gesundheitsbeschädigungen, die Verletzungen der Gesundheit als solche".[2]) Es ist eben die Körperverletzung, wie v. Wächter richtig sagt,[3]) als „rechtswidrige, nicht auf Tötung gerichtete Verletzung des Gesundheitszustandes oder der Integrität des Körpers eines andern" zu definieren. Da Vorsatz der auf die Begehung einer dem Täter in ihren wesentlichen Merkmalen bewußten Handlung gerichtete Wille ist,[4]) charakterisiert sich der Körperverletzungsvorsatz als der nicht auf Tötung, sondern auf bloße körperliche Verletzung als solche gerichtete Wille. Die Verletzung ist für den Täter nicht Mittel zum Zweck, d. h. zur Erreichung des Erfolges, wie dies der Fall ist bei dem, der mit Tötungvorsatz einen anderen körperlich verletzt, sondern sie ist Endzweck, sie ist der Erfolg selbst, denn die Kausalkette, welche der Täter angeregt hat, endigt bei der Körperverletzung schon mit dem Eintritt der Verletzung ohne Rücksicht auf deren etwaige weitere Folgen (§§ 224, 226). Bei der Tötung dagegen wird die bloße Folge des § 226 zum

---

[1]) RGE. Bd. 28 S. 212.

[2]) Binding, Handb. I S. 357 ff.

[3]) v. Wächter S. 340.

[4]) Dies ist die Willenstheorie im Gegensatz zu der namentlich von v. Liszt vertretenen Vorstellungstheorie, nach welcher der Vorsatz nur die Voraussicht des durch die Willensbetätigung bewirkten rechtswidrigen Erfolges ist.

Erfolg, die Kausalkette führt über die Verletzung, die nur ein Glied in der Kette ist, hinaus zum Tode des anderen. Nach dieser Verschiedenheit der beiden Erfolge charakterisiert sich der Körperverletzungsvorsatz.

Auch die zweite Art der Verschuldung, die Fahrlässigkeit, wird bei der Körperverletzung vom Gesetz mit Strafe bedroht (§ 230). Fahrlässig handelt, wer einen vorhersehbaren, rechtswidrigen Erfolg, ohne ihn zu wollen, durch pflichtwidrige Unvorsichtigkeit oder Sorglosigkeit herbeiführt. Hat sich der Täter den Erfolg seines Tuns überhaupt nicht vorgestellt, obwohl er sich ihn vorstellen konnte und mußte, mag man nun diese Pflicht nach dem objektiven Maßstabe eines diligens homo oder nach dem subjektiven der individuellen Kapazität des Täters bemessen, oder stellte er sich den Erfolg als möglich vor, gedachte ihn aber zu vermeiden, oder lag endlich ein unentschuldbarer Irrtum vor, so fällt dem Täter sein schuldhaftes Versehen zur Last, und zwar in erhöhtem Grade, wenn die Pflicht der Sorgfalt durch sein Amt, seinen Beruf oder sein Gewerbe besonders begründet war (§ 230 Abs. 2).

§ 9.

b) Die Versuchshandlung in ihrer Beziehung zum Tatbestand der Körperverletzung.

Zu dem Tatbestand der Körperverletzung ist nunmehr die Versuchshandlung des § 216 in Beziehung zu bringen und zu untersuchen, ob und inwieweit sie den Tatbestand einer Körperverletzung enthalten kann. Wie gezeigt, enthält

jede vollendete Tötung begrifflich eine Körperverletzung. Dagegen ist es ohne weiteres klar, daß der Versuch einer Tötung nicht notwendig auch eine Körperverletzung darzustellen braucht, weil er vollständig fehlgeschlagen sein kann. Hier kommen jedoch, abgesehen von dem Fall des § 229 Abs. 1, nur solche Fälle in Betracht, in denen die Versuchshandlung tatsächlich bis zu einer Körperverletzung gediehen ist, mag diese sich ihrem objektiven Tatbestand nach als eine leichte (§ 223), qualifizierte (§ 223 a) oder schwere (§ 224) charakterisieren. Jedenfalls kann der objektive Tatbestand einer Körperverletzung durch die auf Tötung gerichtete, aber im Stadium des Versuchs gebliebene Handlung konsumiert werden.

Ist nun in dieser Versuchshandlung auch der subjektive Tatbestand einer Körperverletzung enthalten? Das Reichsgericht bejaht dies bezüglich des Vorsatzes. Zwei Entscheidungen sind hier von Wichtigkeit. In der einen[1]) weist das Reichsgericht zunächst die Ansicht der Vorinstanz, daß die Absicht der Tötung und die der Körperverletzung sich ausschließen, als insofern unerheblich zurück, als der subjektive Tatbestand der Körperverletzung die Absicht, körperlich zu verletzen, außer im Falle des § 225 überhaupt nicht verlange, vielmehr der Vorsatz und das Bewußtsein, durch die Handlung die körperliche Integrität aufzuheben, genüge. Dem ist beizustimmen.[2]) Wenn es aber dann weiter heißt: „irrig

[1]) RGE. Bd. 24 S. 369.

[2]) Wiebeck a. a. O. S. 27 ff. unterscheidet ebenfalls Absicht und Vorsatz: die Absicht gehe nur auf Tötung, der Vorsatz auch auf Körper-

ist, daß die Aufhebung der Integrität des Körpers Endzweck der Handlung und der Täterwille auf diesen Erfolg gerichtet sein müsse", weshalb nun das Reichsgericht den Körperverletzungsvorsatz als in dem der Tötung enthalten ansieht, so ergibt sich aus obigen Ausführungen, daß diese Ansicht mit dem Begriff der Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne in Widerspruch steht. Dies zeigt sich auch bei der zweiten Entscheidung, der der vereinigten Straffenate.[1]) Auch hier wieder die Anschauung, daß die durch den Versuch einer Tötung begangene Körperverletzung subjektiv den Tatbestand einer vorsätzlichen Körperverletzung erfülle, „denn wer den Vorsatz hat, einen Menschen zu töten, hat mit Notwendigkeit auch den Vorsatz, diesen körperlich zu verletzen." Es beruht diese Ansicht auf einer nicht genügend scharfen Trennung des Körperverletzungsvorsatzes von dem Tötungsvorsatz. Allerdings muß der A, der den B töten will, diesen körperlich verletzen und zunächst darauf auch seinen Willen richten. Aber das ist nicht der Erfolg, den er will, den er sich „vorgesetzt" hat; sein Wille strebt über diese bloße Zwischenstufe seiner Handlung weiter, und zwar mit solcher engen Beziehung zum Erfolge, daß dieser Zwischenstufe gar keine Selbständigkeit zukommt, daß sie vielmehr als begrifflich notwendig zur Erreichung des Erfolges von diesem völlig gedeckt wird. Deshalb kann man keinen selbständigen Körperverletzungsvorsatz

---

verletzung. Auch Zimmermann in Goltdammers Archiv 29 S. 441 spricht fälschlich von Absicht.

[1]) RGE. Bd. 28 S. 200.

annehmen, weil eben nicht die Körperverletzung als solche, als bloße Aufhebung der körperlichen Integrität, sondern als begrifflich notwendiges Mittel zur Vernichtung des Lebens eines Menschen gewollt ist. Diese Ansicht vertritt auch der Oberreichsanwalt in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung der vereinigten Strafsenate, indem er ausführt, „daß die Verschiedenheit beider Rechtsgüter (des menschlichen Lebens und der körperlichen Integrität) in dem Verhältnis der vorsätzlichen Tötung zur vorsätzlichen Körperverletzung zwar nicht den objektiven, wohl aber den subjektiven Tatbestand dergestalt durchdringe, daß begrifflich der auf die Zerstörung des Lebens gerichtete Wille den Vorsatz der Gesundheitsbeschädigung oder Mißhandlung nicht in sich schließe". Es sei zugegeben, daß, wenn die Tötung nicht erreicht worden ist und nur die Körperverletzung übrig bleibt, die unselbständige Natur der Körperverletzung zwecks Tötung dann nicht mehr so deutlich hervortritt wie bei der vollendeten Tötung. Dies erklärt sich daraus, daß nicht jeder Tötungsversuch auch immer eine vollendete Körperverletzung enthält, und daß, wenn er bis zu einer solchen gediehen ist, diese Körperverletzung dann als das einzige, was von dem Tun des Täters sichtbar hervortritt, eine gewisse Selbständigkeit und Abgeschlossenheit auch in Beziehung auf den Willen des Täters zu besitzen scheint. Indessen kann der rein äußere Umstand, daß der Erfolg nicht eintrat, auf des Täters einheitlichen Vorsatz, und nur auf den kommt es an, keinen Einfluß ausüben. Die durch den Willensentschluß des Täters in Vorsatz umgewandelte Vorstellung vom Erfolge richtete sich einzig und allein auf den

Tod des anderen; physiologisch konnte er ihn nur durch körperliche Verletzung herbeiführen, aber der auf sie notwendigerweise mitgerichtete Wille endigte nicht mit ihrem Eintritt, sondern drängte weiter hin zum alleinigen Erfolge, zum Tode. Ob dieser Erfolg tatsächlich eintrat oder nicht, ist ohne Bedeutung für das Wesen des Vorsatzes. Weil sich der strafrechtliche dolus der Körperverletzung eben nur auf eine nichttötliche, auf eine Verletzung, soweit sie nur als Körperverletzung in Betracht kommt, erstreckt, ist es falsch, von dem richtigen Satze aus: jede Tötung enthält eine Körperverletzung — noch einen Schritt weiter zu gehen und zu sagen: folglich jeder Tötungsvorsatz auch einen Körperverletzungsvorsatz. Diese Folgerung ist ein Trugschluß und widerspricht dem Begriff des Körperverletzungsvorsatzes, wie er sich aus dem Gesetz, und zwar insbesondere aus dem Gegensatz zwischen vorsätzlicher Tötung und vorsätzlicher Körperverletzung mit tötlichem Ausgange ergibt.[1]) Bei ersterer ist der Tod vorsätzlich verursacht, bei letzterer dagegen erstreckt sich der Vorsatz nur bis zur Körperverletzung, die darüber hinausgehende Folge des Todes ist nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig oder kasuell herbeigeführt.

Der Ansicht des Reichsgerichts, daß der Tötungsvorsatz als das maius das minus des Körperverletzungsvorsatzes in sich schließe, kann demnach nicht beigepflichtet werden. Das Reichsgericht widerspricht sich damit übrigens selbst. Es er-

---

[1]) Auch v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen S. 92 sieht diese Folgerung als falsch an.

kennt nämlich an,[1]) daß bei der Tötung auf Verlangen das Verlangen nach Tötung das nach Körperverletzung als solcher nicht notwendig in sich schließt. Da aber der Täter durch das Verlangen zur Tötung „bestimmt“, d. h. durch das Verlangen des anderen in ihm der Tötungsvorsatz hervorgerufen werden und sich daher der Vorsatz mit dem Verlangen decken muß, so ist, wie v. Weinrich mit Recht bemerkt,[2]) nicht einzusehen, warum der auf Tötung gerichtete Vorsatz den auf alleinige Körperverletzung in sich schließen soll. Die Ansicht des Reichsgerichts steht ferner in Gegensatz zur der Rechtsprechung des Obertribunals, das in einem Erkenntnis vom 14. 12. 1876 sagt: „Der Vorsatz zu töten und der Vorsatz, eine Körperverletzung zuzufügen, schließen sich aus.“[3]) Daß diese Ansicht allerdings wieder etwas zu weit geht, da der Körperverletzungsvorsatz, wie noch gezeigt werden wird, als besonderer dolus alternativus sehr wohl zum Tötungsvorsatz hinzutreten kann, scheint das Obertribunal in einem späteren Erkenntnis vom 24. 1. 1877[4]) anzuerkennen. Es betont hier, daß „der spezielle, auf Körperverletzung gerichtete dolus“ von dem Berufungsrichter ausdrücklich festgestellt und deshalb trotz Straflosigkeit des Mordversuchs infolge Rücktritts des Täters die Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung zulässig sei.

---

[1]) S. 213 der Plenarentscheidung Bd. 28.

[2]) v. Weinrich, Abhandlung im Recht, Jahrgang 1904 S. 190.

[3]) Oppenhoff, Rechtsprechung XVII S. 824.

[4]) Oppenhoff, Rechtsprechung XVIII S. 70.

Bemerkenswert ist der Vorwurf, den Jeselsohn dem Reichsgericht macht,[1]) daß es sich nämlich durch die vorwürfigen Entscheidungen in direkten Widerspruch mit dem sonst von ihm verfochtenen Prinzip der subjektiven Theorie setze; da das Reichsgericht den Versuch mit untauglichen Mitteln wegen des in der Handlung liegenden und in Handlungen zum Ausdruck gekommenen dolus des Täters strafe, so solle es konsequenterweise bei der Tötung eines Einwilligenden nicht wegen Körperverletzung strafen, wenn nachgewiesen sei, daß der Täter keine Körperverletzung verüben wollte.

Gerade bei der Tötung auf Verlangen tritt die Unselbständigkeit der Körperverletzung behufs Tötung und ihr völliges Aufgehen im Enderfolge besonders klar hervor. Es wird sich hier in den meisten Fällen darum handeln, daß ein Unglücklicher, insbesondere ein Schwerkranker Befreiung von seinen Leiden sucht. Der Wille des Täters wird sich hier ausschließlich darauf richten, das Leben des andern durch Tötung zu endigen, und die Vorstellung, ihm durch eine bloße Körperverletzung neue Leiden zuzufügen, wird dem Täter nicht nur völlig fehlen, sondern sie würde ihn sogar, wenn sie in ihm auftauchte, von seinem Tun sicherlich abhalten. Der Mann, der seine von den furchtbarsten körperlichen Schmerzen gequälte Frau töten und ihr dadurch weiteres Leiden ersparen will, will sie eben töten, und er würde die auf Tötung gerichtete Handlung sicherlich unter-

[1]) Jeselsohn a. a. O. S. 51.

lassen haben, hätte er vorausgesehen, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen werde.[1])

Aus diesen Betrachtungen über das Verhältnis von Körperverletzungs- und Tötungsvorsatz ergibt sich: Der Tötungsvorsatz enthält als solcher, da er sich eben lediglich auf den Enderfolg der Tötung richtet, keinen Körperverletzungsvorsatz im strafrechtlichen Sinne. Demgemäß erfüllt die nur auf Tötung gerichtet gewesene Versuchshandlung an sich den Tatbestand der Körperverletzung nach seiner subjektiven Seite bezüglich des Vorsatzes nicht.

Nun kann es Fälle geben, in denen der Täter folgendermaßen denkt: Tritt der eigentliche Erfolg, den ich herbeiführen will, nämlich den A zu töten, und zwar auf sein Verlangen hin, nicht ein, sondern führt mein Tun nur zu einer Körperverletzung, so billige ich auch diesen Erfolg.[2]) So z. B. wenn es jemanden gleichen Vorteil bringt, ob ein anderer, der ihm im Wege steht, an dessen Tötung er aber ohne dessen ausdrückliches und ernstes Verlangen niemals gedacht haben würde, ganz beseitigt oder durch Siechtum zu weiterem Schaffen dauernd unfähig wird. In solchen Fällen wird der Täter von zwei voneinander unabhängigen, selbständigen Vorstellungen beherrscht, sein Wille und Bewußtsein richtet

---

[1]) So auch Frank ad § 216 n. 3 und Beling in Zeitschrift für Strafrechtswissenschaf tXVIII S. 285; sowie Baumgarten, Versuch S. 354 und Zimmermann in Goltdammers Archiv XXIX S. 441, welche beiden letzteren allerdings noch weiter gehen (vgl. weiter unten.)

[2]) Baumgarten und Zimmermann a. a. O. scheinen derartige Fälle allerdings für ausgeschlossen zu halten.

sich nicht nur auf die Tötung des anderen, sondern daneben auf die Zufügung einer bloßen, nicht tötlich wirkenden Körperverletzung; es tritt dann zu dem vorhandenen Tötungsvorsatz ein selbständiger Körperverletzungsvorsatz hinzu. Was das Verhältnis dieser beiden Vorsätze betrifft, so erscheint es begrifflich unmöglich, daß der Wille der Tötung mit dem der Körperverletzung in direktem Vorsatz zusammenbesteht; beide Erfolge können wegen der Verschiedenheit der beiden Rechtsgüter nicht kumulativ gewollt sein, denn der Tötungswille ist auf vollständige, der der Körperverletzung nur auf teilweise Verletzung gerichtet.[1]) Es können also begrifflich beide nur nebeneinander bestehen, der eine Erfolg kann gewollt sein, falls der andere nicht eintritt. Man wird dieses Verhältnis unter den Fall des dolus alternativus subsumieren können. Der Täter ist über die „Ursächlichkeit seiner Handlung für das eine oder für das andere“ [2]) im Zweifel, nimmt sie aber dennoch vor, weil sein Wille sich alternativ, d. h. sofern der eine Erfolg nicht eintreten sollte, auch auf den anderen erstreckt; er will Tötung oder, falls sie nicht eintritt, Körperverletzung. Derjenige der beiden alternativ vorgestellten Erfolge, der dann verwirklicht wird, ist dem Täter voll zuzurechnen, denn „ihm entspricht ein bewußter Wille.“ [3])

Wenn einige hierbei mit Beziehung auf den Fall des

---

[1]) So auch v. Liszt § 39 S. 151.

[2]) Binding, Normen II S. 409.

[3]) Binding a. a. O.

des § 216 nicht von alternativem, sondern von „eventuellem“ Vorsatz sprechen,[1]) so beruht dies wohl nur auf einem verschiedenen Sprachgebrauch. Man versteht unter dolus eventualis gewöhnlich den Fall, daß der Täter zunächst an eine rechtswidrige oder nicht rechtswidrige Handlung denkt, dabei die Möglichkeit eines zweiten, rechtswidrigen Erfolges voraussieht und auch diesen billigt. Davon kann hier aber nicht die Rede sein, weil der etwa in zweiter Linie gewollte Erfolg der Körperverletzung nie kumulativ zu dem zunächst gewollten der Tötung hinzutreten kann, vielmehr diese beiden Vorsätze, wie gezeigt, stets nur alternativ, jeder den anderen ausschließend nebeneinander bestehen können. Offenbar ist eben mit dem „eventuellen Vorsatz“ auf Grund einer verschiedenen Terminologie oder auch nur infolge Ungenauigkeit in Ausdruck der Fall des dolus alternativus gemeint.

Besteht ein solcher dolus als ein auf bloße Körperverletzung gerichteter Vorsatz neben dem der Tötung, und tritt nicht der Erfolg der Tötung, wohl aber der der Körperverletzung ein, so ist in diesem Falle der subjektive Tatbestand der Körperverletzung bezüglich des Vorsatzes durchaus erfüllt und die Anwendbarkeit des betreffenden Körperverletzungsparagraphen sowie — im Falle des § 223 unter der Voraussetzung des Vorliegens eines Strafantrages — die Bestrafung nach ihm gegeben. Allerdings wird bei der Tötung auf Verlangen gemäß der psychologisch besonderen Natur dieses Delikts ein neben dem auf Tötung gerichteten Vorsatz stehender

---

[1]) wie z. B. Frank ad § 216 n. III.

besonderer alternativer Körperverletzungsvorsatz selten genug vorhanden sein; er wird auch schwer festgestellt werden können, da es sich hierbei doch um solche seelische Vorgänge im Innern des Täters handelt, welche sich einer richterlichen Prüfung zumeist entziehen dürften. Man kann also sagen, daß die den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung konsumierende Versuchshandlung des § 216 der Regel nach infolge Fehlens des für den subjektiven Tatbestand erforderlichen besonderen strafrechtlichen Körperverletzungsvorsatzes nicht wird als vorsätzliche Körperverletzung bestraft werden können.

Es bleibt noch die Frage zu beantworten, ob die erfolgte Körperverletzung dem Täter event. zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann. In den hierbei in Betracht kommenden Fällen ist der Vorsatz des Täters ausschließlich auf Tötung gerichtet gewesen, die eingetretene Körperverletzung basiert auf dem Außerachtlassen pflichtgemäßer Sorgfalt seitens des Täters. Nach dem oben über Fahrlässigkeit Gesagten sind drei Möglichkeiten vorhanden: entweder stellte sich der Täter den Erfolg seines Tuns überhaupt nicht vor, obwohl er dies mußte und auch konnte, oder er stellte ihn sich als immerhin möglich vor, gedachte ihn aber zu vermeiden, oder er handelte in einem unentschuldbaren Irrtum insofern, als er sein Tun für nicht rechtswidrig hielt. Bei der Tötung auf Verlangen wird vornehmlich die zweite Möglichkeit Bedeutung erlangen, daß nämlich der Täter die Vorstellung hatte, sein Tun könne möglicherweise nicht den Tod, sondern eine bloße Körperverletzung des anderen herbeiführen, daß er aber diesen Erfolg nicht wollte, — denn dann läge dolus alternativus vor —,

sondern im Gegenteil ihn zu vermeiden gedachte. Es wird in diesem Falle die im Täter auftauchende Vorstellung: „wie, wenn mein Tun den A möglicherweise bloß körperlich verletzt und nicht tötet?“ durch den Gedanken unterdrückt und verdrängt werden, daß er, der Täter, ja mit aller Vorsicht zu Werke gehen werde, um den von A ersehnten Tod herbeizuführen. Auch die erste Möglichkeit kann vorliegen, daß der Täter daran, seine Handlung könne eine bloße Körperverletzung bewirken, überhaupt nicht dachte, man dies aber von ihm nach seinen intellektuellen Fähigkeiten und nach den besonderen Umständen, unter denen er die Tat beging, oder, wenn man den objektiven Maßstab anlegen will, überhaupt von einem diligens homo verlangen konnte und die erfolgte Körperverletzung auch vorhersehbar war. Dagegen ist die dritte Möglichkeit für vorliegenden Fall nicht denkbar, weil in ihm der Wille des Täters nicht auf Körperverletzung, sondern ausschließlich auf Tötung gerichtet ist, also nicht davon die Rede sein kann, daß der Täter sein Tun infolge Irrtums für nicht rechtswidrig hielt.

Jedenfalls zeigt sich, daß die Versuchshandlung des § 216 zu einer fahrlässigen Körperverletzung führen kann, wenn eben der Erfolg vorhersehbar war und durch pflichtwidrige Sorglosigkeit oder Unvorsichtigkeit veranlaßt worden ist. Es hat dann unter der Voraussetzung des Vorliegens eines Strafantrages, der allerdings selten genug gestellt werden dürfte, gemäß § 230 Abs. 1 oder 2 Bestrafung zu erfolgen. Wenn v. Weinrich[1]) die Möglichkeit der Bestrafung

[1]) v. Weinrich im Recht a. a. O S. 190.

dieser Fahrlässigkeit verneint, weil „durch sie das schwere Delikt der Tötung des diese Verlangenden verhütet worden ist“, so ist dagegen zu sagen, daß das Strafgesetzbuch einen derartigen Strafausschließungs- oder Straftilgungsgrund nicht kennt. Der Umstand, daß die Fahrlässigkeit des Täters immerhin zu etwas Gutem geführt hat, kann lediglich bei der Strafbemessung mildernd ins Gewicht fallen.

Das somit gewonnene Resultat lautet: Die Versuchshandlung kann im Falle des § 216 als vorsätzliche Körperverletzung an sich nicht bestraft werden, wenn nicht feststeht, daß der Vorsatz des Täters neben Tötung auch besonders auf eine Körperverletzung als solche gerichtet war; die Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung ist indessen möglich, sofern das Kriterium der Fahrlässigkeit im konkreten Falle erfüllt ist.

3. Scheinbare Straflosigkeitsgründe.

§ 10.

a) Inkongruenz der Strafandrohungen.

Man hat, obwohl man zugibt, daß die Versuchshandlung des § 216 den Tatbestand einer Körperverletzung auch nach seiner subjektiven Seite hin erfüllen kann, doch die Möglichkeit einer Bestrafung der erfolgten Körperverletzung mit Rücksicht auf zwei speziell für den Fall des § 216 in Betracht kommende Momente, das der Inkongruenz der Strafandrohungen und das der Einwilligung des Verletzten, für ausgeschlossen

erklärt. Das erste dieser beiden Momente verliert indessen von vornherein jede Bedeutung, wenn man die Frage nach der Strafbarkeit der Versuchshandlung des § 216 in der obigen Weise entscheidet. Die in der Literatur mehrfach betonte Inkongruenz der Strafandrohungen[1]) wird nämlich darin erblickt, daß es nach dem Gesetz möglich sei, die aus einem Tötungsversuch im Falle des § 216 resultierende Körperverletzung schwerer als die vollendete Tötung auf Verlangen zu bestrafen. Das vollendete Delikt werde mit drei bis fünf Jahren Gefängnis bestraft, der eine schwere Körperverletzung enthaltende Versuch könne nach § 224 bei Verneinung mildernder Umstände (§ 228) mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft werden. Diese Möglichkeit besteht allerdings,[2]) und wenn man der Praxis des Reichsgerichts folgt und in jedem den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung erfüllenden Tötungsversuch auch zugleich den Körperverletzungsvorsatz mitenthalten sieht, so daß dann stets Bestrafung zu erfolgen hat, so erscheint die Möglichkeit äußerst hart und dem Rechtsgefühl widersprechend. Trotzdem darf dieser Umstand allein nicht dazu verleiten, die in Ausführung des Ver-

---

[1]) Binding, Handbuch I S. 721; Geyer a. a. O. II S. 7; Olshausen zu § 216 N. 5; Oppenhoff zu § 216; Frank zu § 216 N. 3.

[2]) Der Fall des § 229, nach dem noch höhere Zuchthausstrafe eintreten würde, dürfte hier völlig ausscheiden, da, wie die herrschende Meinung richtig interpretiert, das vom Gesetz gebrauchte Wort „beibringt" besagt, daß das Gift dem anderen gegen oder mindestens ohne seinen Willen zugeführt worden sein muß.

suchs begangene Körperverletzung für straflos zu erklären, denn „diese Disharmonie der Strafandrohungen entspringt lediglich positiven Einzelbestimmungen des Strafgesetzbuchs, die darum nicht geeignet sind, die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Strafrechts auszuschließen".[1] Als solcher Grundsatz kommt hier der bereits mehrfach betonte fundamentale strafrechtliche Grundsatz in Betracht, daß jede Tat nach dem Gesetz, das sie unter Strafe stellt, ihre Sühne finden soll. Der bloßen Möglichkeit von Unzuträglichkeiten kann kein Einfluß auf diesen Grundsatz zugestanden werden. Daß sich hierzu bedeutende Juristen doch verleiten lassen, dürfte ein Beweis dafür sein, wie sehr die Ansicht des Reichsgerichts und derer, welche gleich ihm den Versuch bedingungslos als Körperverletzung bestrafen wollen, dem Rechtsgefühl zuwiderläuft.

Der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht gegenüber verliert die erwähnte Möglichkeit indessen jede Härte, denn wenn der Wille und das Bewußtsein des Täters neben Tötung auf Zufügung einer bloßen Körperverletzung besonders gerichtet war, so ist es billig, daß dann auch die für dieses vom Täter gewollte Delikt bestimmte Strafe eintritt, mag sie auch schwerer sein als die, welche für das nur bis zum Versuch gediehene Delikt angedroht ist. Zudem hat der Richter für besonders leicht geartete Fälle einen weiten Strafrahmen, da in § 224 als zulässiger Mindestbetrag Gefängnis von nur einem Jahre festgesetzt ist und der § 228 beim Vorliegen

---

[1] **RGE.** Bd. 28 S. 214.

mildernder Umstände die Ermäßigung dieser Strafe bis auf einen Monat gestattet. Bei fahrlässiger Begehung der Körperverletzung durch die Versuchshandlung ist eine Inkongruenz der Strafandrohungen infolge der in § 230 bestimmten Strafen überhaupt nicht vorhanden; im schwersten Falle des Abs. 1 tritt für die Körperverletzung als Maximum (zwei Jahre Gefängnis) eine immer noch niedrigere Strafe ein als das Minimum der für die vollendete Tötung auf Verlangen angedrohten (drei Jahre Gefängnis), während im schwersten Falle des Abs. 2 das Maximum und das Minimum (drei Jahre Gefängnis) zusammentreffen, was man nicht als Inkongruenz bezeichnen kann.

§ 11.

b) Einwilligung des Verletzten.

Unrichtig ist es ferner, unbedingte Straflosigkeit der Versuchshandlung auf Grund der Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung anzunehmen, wie dies z. B. Zimmermann und Ortmann tun.[1]) Die Frage, ob und inwieweit der römischrechtliche Grundsatz „volenti non fit injuria“ auch für das heutige Strafrecht, insbesondere für den Fall der Einwilligung in eine Körperverletzung gilt, kommt bei der Untersuchung der Strafbarkeit der Versuchshandlung aus § 216 in ihrer Erscheinung als vollendeter Körperverletzung

---

[1]) Zimmermann in Goltdammers Archiv Bd. 24 S. 435 ff.; Ortmann daselbst Bd. 25 S. 104 ff.

überhaupt nicht in Betracht. Es braucht nicht auf die mannigfachen Deduktionen eingegangen zu werden, welche dazu führen sollen, im Falle der Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung Straflosigkeit des Täters anzunehmen, vielmehr kann die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Ansicht dahingestellt bleiben. Sie vermag nämlich nicht zur Begründung der Straflosigkeit der Versuchshandlung aus § 216 zu dienen, weil die Voraussetzung, auf der sie sich aufbaut, fehlt, daß im Verlangen nach Tötung die Einwilligung in die Zufügung einer bloßen Körperverletzung inbegriffen sei. Wie das Reichsgericht mit Recht betont,[1]) ist rücksichtlich der Einwilligung die Absicht des Einwilligenden von entscheidender Bedeutung; deshalb ist die Einwilligung bei der Tötung auf Verlangen wohl auf Tötung, dagegen nicht auf bloße Körperverletzung, und nur als solche kommt diese hier in Betracht, gerichtet.[2]) Der schwer Leidende, der seinem Leiden durch einen anderen ein Ende gemacht wissen will, hat nicht die Absicht, sich durch eine nichttötliche Körperverletzung neue Leiden zufügen zu lassen, er will einzig und allein nur den Tod. Die ihm zugefügte körperliche Verletzung wird durch seine Einwilligung nur gedeckt, sofern sie eine tötliche ist, also im Erfolge, den er verlangt, aufgeht. Deshalb kann man nicht sagen, das Verlangen nach Tötung schließe die Einwilligung in eine bloße Körperverletzung in sich, und somit erübrigt sich die Frage, inwieweit die Einwilligung in eine

---

[1]) RGE. Bd. 28 S. 213.

[2]) Ebenso v. Holtzendorff Bd. 3 S. 418.

Körperverletzung Straflosigkeit des Täters zu bewirken vermag.

Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht zuerst in dem Urteil des I. Strafsenats vom 9. 11. 1893[1]) eingenommen, und auch die vereinigten Strafsenate haben sich auf ihn gestellt.

Einige wollen, um auch dies noch zu erwähnen, nur bei leichten Körperverletzungen (§ 223) infolge der Einwilligung die Strafbarkeit der Versuchshandlung ausgeschlossen wissen.[2]) Sie finden es begreiflich, „daß in geringen Fällen der Körperverletzung das Recht überhaupt auf Bestrafung der unter Einwilligung erfolgten Körperverletzung verzichtet".[3]) Davon steht nun freilich nichts im Gesetz, vielmehr gründet sich diese Annahme auf einen Analogieschluß. Indessen ist nach dem oben Gesagten nicht erforderlich, auf diese vermittelnde Ansicht näher einzugehen, weil auch sie sich auf die nicht richtige Voraussetzung stützt, daß im Verlangen nach Tötung Einwilligung in eine Körperverletzung als solche enthalten sei.

---

[1]) RGE. Bd. 24 S. 369. In seiner Entscheidung vom 15. 11. 1880 (Bd. 2 S. 442) erkennt es offenbar noch die Einwilligung in die Körperverletzung als in der zur Tötung erteilten mitenthalten an.

[2]) So Meyer S. 289 (daselbst auch n. 26); Merkel S. 170 u. Wiebeck a. a. O. S. 39.

[3]) Meyer a. a. O.

§ 12.

Schluß.

In der strafrechtlichen Literatur macht sich das Verlangen bemerkbar, die Materie des § 216 bei der Revision des Strafgesetzbuchs neu zu regeln. Zwei Umstände insbesondere sind es, welche dieses Verlangen rechtfertigen dürften: der allzu enge Strafrahmen des Paragraphen und die Straflosigkeit des Versuchs.[1]) Hier ist nur diese von Interesse. Der Versuch der Tötung auf Verlangen bleibt als solcher straflos. Hat er aber zu einer Körperverletzung geführt, so wird die Versuchshandlung, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, als vorsätzliche und infolge fehlenden Strafantrages wohl auch als fahrlässige Körperverletzung äußerst selten bestraft werden können, denn einerseits wird der erforderliche besondere Körperverletzungsvorsatz meistens nicht vorhanden sein, und andererseits wird der Verletzte in der Regel den Täter, der gerade auf sein Verlangen hin sich strafbar machte, nicht deshalb bestraft sehen wollen, weil der Erfolg ausblieb, und er wird daher von seinem Antragsrecht keinen Gebrauch machen. Jedenfalls kann man wohl sagen, daß die Straflosigkeit der Versuchshandlung die Regel und ihre Bestrafung

---

[1]) Für die Strafbarkeit des Versuchs de lege ferenda sprechen sich aus Binding, Handbuch I S. 721; Geyer II S. 7 ff.; Jeselsohn a. a. O. S. 52; Zimmermann in Goltdammers Archiv XXIX S. 443; Wiebeck a. a. O. S. 50; Keßler a. a. O. S. 82 verlangt völlige Aufhebung des § 216.

als einer vollendeten Körperverletzung immerhin die Ausnahme bilden wird. Daß aber eine Handlung, welche sich objektiv als vollendete Körperverletzung, möglicherweise sogar als eine schwere, darstellt, straflos bleiben soll, ist bedauerlich, da dies dem Rechtsgefühl widerspricht. Doch auch schon dann, wenn der Versuch zu keiner Verletzung des anderen geführt hat, erscheint es wünschenswert, jene Handlungen, durch die der Täter seinen Entschluß, den anderen zu töten, betätigt hat, und die bereits den Anfang der Ausführung dieses Delikts enthalten, unter Strafe zu stellen. Man muß sich doch immer vor Augen halten, daß es sich um ein Tötungsdelikt handelt, und daß dessen besondere Natur zwar eine starke Ermäßigung der gewöhnlichen Tötungsstrafe fordert, die völlige Straflosigkeit des Versuchs aber keineswegs rechtfertigen kann. Selbst in den Fällen, in denen noch keine Körperverletzung eingetreten ist, so z. B., wenn der Täter vorbeigeschossen hat, enthält die Handlung doch eine erhebliche Gefährdung des Lebens, deren Bedeutung für die Rechtsordnung von dem Eintritt des Erfolges unabhängig ist.

Ein zweiter, rein praktischer Grund, der dafür spricht, den Versuch unter Strafe zu stellen, ist der, daß durch die vielen, durchaus noch nicht völlig entschiedenen Streitfragen über die Strafbarkeit der Versuchshandlung im Falle des § 216 eine gleichmäßige Strafrechtspflege immerhin erschwert erscheint. Über die hier behandelte, wichtigste Streitfrage, ob und wann die versuchte Tötung auf Verlangen als Körperverletzung zu bestrafen ist, hat sich jedenfalls eine herrschende Meinung noch nicht gebildet, und die geschilderte Praxis des

Reichsgerichts ist trotz der Autorität, die dieser oberste Gerichtshof besitzt, schwerlich geeignet, eine herrschende Meinung über diese Frage zu begründen. Je nach der Ansicht, die das betr. erkennende Gericht vertritt, wird der Täter wegen der eine Körperverletzung involvierenden Versuchshandlung bald freigesprochen, bald verurteilt werden.

Die Strafbarkeit des Versuchs als eines Tötungsversuchs würde demnach dem wirklichen Charakter der Versuchshandlung entsprechen und die durch die teilweise noch unentschiedenen Streitfragen drohende Unsicherheit in der Rechtsprechung beseitigen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Geboren am 10. Juli 1877 zu Görlitz als Sohn des Landsteuer-Sekretärs Wilhelm Hauptmann und seiner verstorbenen Ehefrau Agnes geb. Caspar, evangelischer Konfession, preußischer Staatsangehörigkeit, erhielt ich meine Gymnasialbildung auf dem Gymnasium meiner Vaterstadt und verließ dieses Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und studierte an den Universitäten Breslau und Marburg. Am 12. Mai 1902 bestand ich bei dem Königl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 26. Mai desselben Jahres bei dem Königl. Amtsgericht zu Muskau O.-L. für den Staatsdienst vereidigt. Gegenwärtig bin ich bei dem Königl. Oberlandesgericht zu Breslau beschäftigt.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen, praktischen und seminaristischen Übungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

in Breslau: Beling, Brie, Bruck, Dahn, Elster, Fischer, Heymann, Jörs, Leonhard, Schott, Sombart;

in Marburg: Enneccerus, Lehmann, Meyer, Sartorius, Träger, Wachenfeld, Westerkamp.